



Collectivités territoriales et Constitution, une mention pour rien ?

Guillaume Protière

► To cite this version:

Guillaume Protière. Collectivités territoriales et Constitution, une mention pour rien ?. *Politeia - Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit constitutionnel*, 2007, 12, p. 247-277. hal-00823911

HAL Id: hal-00823911

<https://hal.science/hal-00823911>

Submitted on 19 May 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Collectivités territoriales et Constitution, une mention pour rien ?

Guillaume Protière,

Docteur en droit, A.T.E.R. à la Faculté de Droit et Science politique,
Université Lumière Lyon II

Sommaire

I. L'INSCRIPTION CONSTITUTIONNELLE DES COLLECTIVITES TERRITORIALES : L'HERITAGE INSTITUTIONNEL S'IMPOSE AU CONSTITUANT 4

- A. L'INSCRIPTION CONSTITUTIONNELLE DES COLLECTIVITES TERRITORIALES : LA PRISE EN COMPTE D'UNE DONNEE NATURELLE 4
 - 1. 1789-1791 : les communes, cadre naturel d'un pouvoir domestique 4
 - 2. 1945-1946 : les collectivités territoriales, comme fondement naturel de la démocratie 7
- B. LA REVISION CONSTITUTIONNELLE DE 2003 : LE MOYEN DE METTRE A JOUR LA DIVISION VERTICALE DU POUVOIR..... 11
 - 1. Les limites de la décentralisation à droit constitutionnel constant..... 12
 - 2. La révision constitutionnelle de 2003 : vers un agencement de type normatif de la division territoriale du pouvoir 15

II. LA DEFINITION CONSTITUTIONNELLE DE LA DECENTRALISATION : LE LEGISLATEUR RESTE MAITRE DE LA DIVISION VERTICALE DU POUVOIR..... 17

- A. LA MISE EN ŒUVRE DE LA DECENTRALISATION : LE *STATU QUO* DE L'AGENCEMENT DES SOURCES DE LA DECENTRALISATION 17
 - 1. L'absence de modification de l'économie organique de mise en œuvre de la décentralisation 17
 - 2. Les conditions d'intervention du législateur : l'émergence de contraintes organiques 20
- B. LE CHAMP DE LA DECENTRALISATION : LE MAINTIEN DU MONOPOLE ETATIQUE DANS SA CONCEPTION..... 23
 - 1. La définition formelle de la décentralisation laisse entière la liberté du législateur 23
 - 2. La régulation juridictionnelle de la décentralisation illustre l'incomplétude de la méthode utilisée par le Pouvoir constituant..... 25

*
* *
*

En France, la décentralisation reste largement perçue comme un phénomène essentiellement administratif, dont les fondements constitutionnels, pourtant anciens, n'ont dans un premier temps guère retenus l'attention des auteurs. Ce constat s'est trouvé nuancé à partir des années quatre-vingts, suite au développement de la jurisprudence constitutionnelle relative au principe de libre administration des collectivités territoriales. Les études se sont alors multipliées, qui cherchaient à ordonner le nouvel ensemble. Peu d'auteurs se sont toutefois intéressés aux raisons et aux conditions de l'inscription de ces dispositions dans le corps de la Constitution, alors que la France continue d'incarner une sorte de modèle de l'État unitaire et indivisible laissant peu de place à ses collectivités territoriales. Il semble pourtant y avoir là un certain décalage susceptible d'exciter la curiosité de l'observateur désireux de comprendre pourquoi les collectivités territoriales furent inscrites dans la Constitution.

La question se pose d'autant plus que les structures territoriales apparaissent dans la Loi fondamentale à trois reprises – 1791, 1946 et 1958 – dans des conditions relativement similaires, même si, comme il sera vu, le cas de 1958 diffère quelque peu. Ainsi, chaque fois que le Constituant entend faire table rase du passé pour fonder un régime nouveau, il a le réflexe de commencer son œuvre par les assises territoriales du régime¹. Bien qu'elle puisse surprendre puisque les organes constituants sont en général présentés comme étant entièrement libres de leur action², il semble pourtant y avoir là une certaine régularité de comportement du Constituant, un peu comme si cette thématique s'imposait à lui, qu'il devait impérativement en tenir compte dans son œuvre. De son côté, le pouvoir constituant dérivé, bien que dans une situation différente, recourt à une rhétorique largement identique. La révision constitutionnelle de mars 2003³ est ainsi également présentée, par ses promoteurs, comme « s'imposant » pour poursuivre le procès décentralisateur⁴. Le rapport entre collectivités territoriales et Constitution semble ainsi se placer sous le signe de la contrainte, de l'obligation pour le Constituant de faire figurer les collectivités territoriales dans la Loi fondamentale pour satisfaire à des exigences d'ordre divers (prise en compte d'une donnée présumée naturelle, réagencement du système normatif...) avec lesquels il n'a d'autre choix que de se confronter pour les intégrer. Cette impression d'un rapport noué autour de la notion de « contrainte » est par ailleurs renforcée par les desseins du Constituant, pour qui l'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales doit venir garantir l'autonomie, la liberté des collectivités infraétatiques ; et donc, de ce fait, *tempérer* l'État dont l'action sera nécessairement limitée par les dispositions inscrites dans la Constitution. Le rapport entre collectivités territoriales et Constitution se précise ainsi : l'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales, c'est-à-dire le fait que, à un instant donné, le constituant les consacre

¹ On peut relever, avec Maurice HAURIOU, que c'est aussi le cas de la III^e République, qui s'empare de la question départementale dès 1871 (Loi du 10 août 1871 relative aux conseils généraux, *JORF*, 29 août 1871, p. 3041) et de la question communale dès 1884 (Loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale, dite « Grande charte des communes de France », *JORF*, 6 avril 1884, p. 1557). Une différence apparaît cependant puisque, dans ce cas précis, l'intérêt pour les collectivités territoriales ne se traduit pas par leur inscription constitutionnelle.

² En ce sens, voir les remarques d'Arnaud LE PILLOUER in « De quelques contraintes de l'Assemblée nationale constituante de 1789 », in TROPER (Michel), CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), GRZEGORCZYK (Christophe) (Sous la direction), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, L.G.D.J. – Bruylant, Coll. « La pensée juridique moderne », 2005, p. 63.

³ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, *JORF*, n° 75, 29 mars 2003, p. 5568.

⁴ Voir en ce sens la présentation générale du projet devant le sénat par le Premier ministre Jean-Pierre RAFFARIN, Séance du 29 octobre 2002. Dominique PERBEN, Garde des Sceaux va dans le même sens lors de la discussion générale du projet devant l'Assemblée nationale, Séance du 19 novembre 2002.

dans son œuvre⁵, apparaît à la fois comme le fruit d'une série de contraintes et est conçue comme une source d'obligations (nouvelles) pour l'État. Il s'agit dès lors d'étudier et d'éclaircir le lien qui se noue entre collectivités territoriales et Constitution, en prenant en compte la double dimension mise en évidence.

À cette fin, la théorie des contraintes juridiques, développée par Michel TROPER et l'équipe du Centre de Théorie du Droit⁶, semble fournir une méthode d'analyse particulièrement adaptée, en ce qu'elle « se propose d'aborder d'un point de vue empirique les causes des choix normatifs »⁷. « La contrainte juridique est [ainsi] une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère »⁸. Il s'agit alors d'identifier de façon rétrospective une « causalité permettant de comprendre, *a posteriori*, pourquoi certains événements se sont produits »⁹, selon une démarche largement inspirée de la causalité historique et proche de la rétrodiction¹⁰. Tant la définition de la notion de contrainte que celle retenue de la causalité semblent permettre de recourir à cette construction afin d'envisager les conditions de l'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales et de tenter d'expliquer la régularité comportementale du Constituant constatée *a priori*. Elles permettent en effet de développer une analyse dynamique de l'action d'une autorité juridique, en la replaçant dans un ensemble systémique, dont les éléments fournissent à la fois le cadre d'analyse et les éléments explicatifs. De plus, si ce paradigme permet d'expliquer les raisons d'un phénomène, il offre également la possibilité en le prolongeant d'envisager les conséquences de certaines modifications sur l'économie générale du système juridique. Dans notre cas, il s'agira d'analyser la portée de l'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales, afin de voir si elle génère une modification telle du système juridique que l'on puisse véritablement y voir l'apparition d'une série de contraintes pour certains organes de l'État. Il est d'ores et déjà possible de préciser que la libre administration des collectivités territoriales étant mise en œuvre par le législateur (articles 34 et 72 de la Constitution), et, mais dans une mesure moindre, par le pouvoir réglementaire, nous postulons que les organes de l'État susceptibles de connaître une modification de leurs conditions de fonctionnement suite à l'inscription constitutionnelle des structures territoriales sont le Parlement et le Gouvernement, auxquels nous limiterons donc l'analyse.

Une dernière précision s'impose. Cette étude, si elle est consacrée à l'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales, devrait parallèlement permettre d'envisager l'état de la décentralisation en France, dont elle dressera nécessairement un certain portrait. En ce sens, si l'analyse des conditions de l'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales sera, par définition et nécessairement, davantage consacrée à la notion de collectivités territoriales, l'examen de la portée de ce phénomène devrait quant à lui davantage donner à voir l'état de la décentralisation. Afin de mener à bien ce travail, les

⁵ En ce sens, nous opposons l'inscription constitutionnelle – statique, datable – au processus – dynamique – de constitutionnalisation tel qu'il est entendu et défini par Louis FAVOREU, in « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit. Mélanges en l'hommage de Roland DRAGO*, Paris, Economica, 1996, pp. 25-42.

⁶ TROPER (Michel), CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), GRZEGORCZYK (Christophe) (Sous la direction), *Théorie des contraintes juridiques*, op. cit., 203 p.

⁷ MILLARD (Éric), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, Coll. « Connaissance du droit », 2006, p. 118.

⁸ CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), TROPER (Michel), « Propositions pour une théorie des contraintes juridiques », in TROPER (Michel), CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), GRZEGORCZYK (Christophe) (Sous la direction), *Théorie des contraintes juridiques*, op. cit., p. 12.

⁹ MILLARD (Éric), *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 119.

¹⁰ VEYNE (Paul), *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, Coll. « Points », 1971, 439 p., part. pp. 194-234.

causes de l'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales seront recherchées **(I.)**, avant que l'on envisage les conséquences de la définition constitutionnelle de la décentralisation **(II.)**.

I. L'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales : l'héritage institutionnel s'impose au Constituant

L'étude du rapport entre collectivités territoriales et Constitution implique de différencier la situation du pouvoir constituant originaire, qui fonde la Constitution, de celle du pouvoir constituant dérivé, qui intervient selon une procédure prédéterminée. En ce sens, les contraintes rencontrées par ces deux pouvoirs diffèrent substantiellement. Le pouvoir constituant originaire doit en effet faire face à une situation donnée – les anciennes institutions et leur impact sur la société – à laquelle il répond en choisissant une certaine méthode, destinée à permettre la conciliation entre l'édifice (juridique) qu'il entend fonder et le cadre (factuel) dans lequel il l'insère **(A.)**. De son côté, le pouvoir constituant dérivé va chercher à dépasser les contraintes résultant de l'action antérieure des pouvoirs constitués afin de pouvoir poursuivre le processus de décentralisation **(B.)**.

A. L'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales : la prise en compte d'une donnée naturelle

Il ressort des travaux du Constituant que tant en 1789 qu'en 1946, les collectivités territoriales (communes seules dans un premier temps, puis communes et départements ensuite) apparaissent comme une donnée naturelle, antérieure à l'État, dont l'existence doit impérativement être prise en compte, le Constituant n'ayant donc d'autre choix que de « faire avec ». Face à cette situation, il va développer deux conceptions des collectivités territoriales qui lui permettent de les intégrer dans son œuvre. En 1789-1791, l'Assemblée nationale constituante adopte ainsi une conception privatiste des communes censées les intégrer au « grand tout »¹¹ national **(1.)** tandis qu'en 1945-1946, les Assemblées nationales constituantes font des collectivités territoriales un élément de régénération du système démocratique, les intégrant alors à l'expression de la souveraineté du peuple **(2.)**.

1. 1789-1791 : les communes, cadre naturel d'un pouvoir domestique

La première inscription constitutionnelle des collectivités territoriales concerne en fait uniquement les communes et se trouve à l'article 8 du Titre II de la Constitution du 3 septembre 1791. Celui-ci dispose en effet que « les citoyens français considérés sous le rapport des relations locales qui naissent de leurs réunions dans les villes et dans certains arrondissements du territoire des campagnes, forment les *Communes* » (souligné dans le texte) tandis que l'article suivant précise que « les citoyens qui composent chaque commune, ont le droit d'élire à temps, suivant les formes déterminées par la loi, ceux d'entre eux qui, sous le titre d'*Officiers municipaux*, sont chargés de gérer les affaires particulières de la commune. - Il pourra être délégué aux officiers municipaux quelques fonctions relatives à l'intérêt général

¹¹ Selon l'expression de VIVIEN, dans son rapport sous la loi du 10 mai 1838, cité in « Exposé des motifs de la loi des 18-24 mai 1866 sur les conseils généraux », *D.* 1866, IV, p. 108.

de l'État » (souligné dans le texte). Le Constituant semble ici reprendre la conception des communes proposée par le décret du 14 décembre 1789¹², donnant l'impression que l'énoncé de la norme inférieure conditionne celui de la norme supérieure. En ce sens, sa marge de manœuvre paraît pour le moins réduite, conditionnée par la méthode adoptée par l'Assemblée nationale constituante pour rédiger la Constitution et les premiers choix qu'elle prend. « L'Assemblée nationale est en effet appelée à accomplir une *mission législative* et une *mission constituante* »¹³ sans qu'« aucune hiérarchie existe *a priori* entre ces deux pouvoirs, ils se situent *sur le même plan*, dans la mesure où elle les présente comme deux missions distinctes qu'il lui appartient de remplir »¹⁴. L'analyse de leur articulation, menée par Arnaud LE PILLOUER à partir des débats qui suivirent l'interrogation de Mounier afin de savoir si l'Assemblée nationale devait d'abord s'occuper de la Constitution ou des lois¹⁵, montre ainsi que l'Assemblée nationale, soucieuse d'exercer à la fois son pouvoir législatif et son pouvoir constituant, n'a d'autre choix que de recourir à la mise en application progressive de la Constitution. « La meilleure stratégie possible consistait pour l'Assemblée nationale constituante, si elle voulait immédiatement un réel pouvoir législatif, à opérer une mise en application *progressive* de la Constitution. Elle pouvait ainsi travailler simultanément à la Constitution et à la législation, et considérer ses décrets constitutionnels comme étant d'application immédiate »¹⁶. Aussi, l'adoption des décrets, notamment ceux relatifs à la division générale du Royaume, tient-elle lieu de débats constituants initiaux, le texte de la Constitution étant dès lors largement déterminé par celui du décret adopté antérieurement. En ce sens, l'indifférenciation organique entre pouvoir législatif et pouvoir constituant conduit donc à ce que le contenu de la Constitution résulte des choix opérés en amont par le législateur.

Parallèlement, l'abolition des privilèges des anciennes circonscriptions territoriales par l'arrêté du 4 août 1789¹⁷ crée un vide institutionnel, qu'il appartient à l'Assemblée nationale de combler. Le contexte renforce les effets négatifs de cet anéantissement des anciennes structures locales ; la « Grande peur » de l'été 1789 ainsi que la nécessité de stabiliser les assises territoriales du régime concourent donc à ce que l'Assemblée nationale s'empare très vite de la question de la division générale du Royaume. SIEYES invite ainsi dès le 2 octobre le Comité de la Constitution à se saisir de la question ; propos relayé par Thouret devant l'Assemblée le 3 novembre 1789, où, dans son style caractéristique et dramatisant les enjeux, il explique que « si le moment actuel n'est pas mis à profit, si la nouvelle division territoriale n'est pas liée à la nécessité d'admettre la Constitution dont elle fera partie, et dont on ne peut plus se passer, il faut y renoncer pour jamais »¹⁸. Ce propos de THOURET illustre alors bien la concordance des exigences qui encadrent le travail de la Constituante. La réforme s'impose parce que, ayant fait table rase de la situation antérieure, il faut combler le vide constaté par une nouvelle organisation, elle-même partie intégrante du nouveau régime que l'on entend

¹² Décret du 14 décembre 1789 concernant la constitution des municipalités, suivi de l'instruction, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. X, p. 564.

¹³ LE PILLOUER (Arnaud) « De quelques contraintes de l'Assemblée nationale constituante de 1789 », *op. cit.*, p. 64.

¹⁴ *Ibid.*, p. 65. L'auteur souligne.

¹⁵ Séance du 9 juillet 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. VIII, p. 215, cité in *ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, p. 67. L'auteur souligne.

¹⁷ Voir l'article 12 de l'arrêté du 4 août 1789, Séance du 5 août 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. VIII, p. 353.

¹⁸ THOURET, Séance du 3 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 655. Voir, dans le même sens, la déclaration de Sieyès en date du 2 octobre 1789 intitulée « Observations sur le rapport du Comité de Constitution, concernant la nouvelle organisation de la France », in *Écrits politiques*, Paris, Éd. des archives contemporaines, Coll. « Réimpression », Choix et présentation R. ZAPPERI, 1985, p. 247

ériger. Dans ce cadre, l'Assemblée nationale applique la méthode qui lui assure le plus de pouvoir, l'édiction progressive de la Constitution reposant sur les différents décrets adoptés.

La méthode retenue par le Constituant implique ainsi, si l'on entend comprendre – sur le fond – la conception des communes adoptée dans la Constitution de septembre 1791 de s'intéresser au décret du 14 décembre 1789 et à ses travaux préparatoires. L'élaboration de la division générale du Royaume et, plus particulièrement le découpage des communes, est le théâtre d'une opposition entre les velléités rationalistes du Comité de la Constitution et une conception réaliste défendue par MIRABEAU. Malgré l'opposition des logiques qui les supportent, les deux projets sont construits à partir de considérations identiques : les communes sont des réalités naturelles, irréductibles à l'État et dont il faut tenir compte. Pour THOURET, les « municipalités ne peuvent [ainsi] être élémentaires d'aucun pouvoir gouvernant »¹⁹, la « Constitution municipale »²⁰ venant se placer à côté de la Constitution nationale²¹. De son côté, Mirabeau propose quant à lui que chaque paroisse devienne une commune, consacrant la réalité sociologique et naturelle du phénomène communal²². Si la victoire du projet de MIRABEAU tient sans doute pour partie à la radicalité du projet du Comité et à la dégradation du climat politique, il ressort bien des débats et des conceptions développées que les communes existent en dehors de l'État et qu'il faut aménager leur intégration en son sein²³. La présomption de naturalité en faveur des communes, latente dans les débats relatifs à la division générale du Royaume, est confirmée par la définition du champ du pouvoir communal adoptée par l'Assemblée nationale. Les articles 49 et 50 du décret du 14 décembre 1789 distinguent en effet les deux types de fonction relevant du pouvoir municipal, « les unes propres au pouvoir municipal, les autres propres à l'administration générale de l'État et subdélégées par elle aux municipalités »²⁴, et donnent une illustration positive à cette présomption. Ce texte explicite en effet la différenciation entre deux types d'intérêts, renvoyant à deux types de collectivités (la commune et la Nation). « Les municipalités sont [ainsi] une chose à part de l'administration générale du Royaume ; elles n'en sont pas même une portion subordonnée »²⁵. Les communes, collectivités antérieures à l'État, apparaissent ainsi comme une donnée naturelle, d'une essence différente de l'administration de l'État. Il existe dès lors un certain nombre de matières qui ne relèvent que

¹⁹ Thouret, Séance du 29 septembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 208.

²⁰ « Nous avons vu jusqu'ici que dans chaque commune la représentation nationale pour la législature, et la représentation provinciale pour l'administration générale, tirent leurs éléments des assemblées primaires. Ces deux établissements composent ensemble le grand édifice national. C'est sur la même base, c'est-à-dire sur la même assise des assemblées primaires, qu'il s'agit d'élever un second édifice politique qui est la *Constitution municipale* », THOURET, Séance du 29 septembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 208. Souligné dans le texte.

²¹ Ainsi que l'illustre Michel GUILLOT en annexe de son article « Le gouvernement municipal de THOURET. À propos d'un projet méconnu », in GAILLARD (Maurice) (Sous la direction), *Institutions et territoire*, Lyon, P.U.L., 1993, p. 54.

²² MIRABEAU, Séance du 10 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, pp. 732 et suivantes.

²³ Voir ce propos de THOURET, très représentatif : « La municipalité est, par rapport à l'État, précisément ce que la famille est par rapport à la municipalité dont elle fait partie. Chacune a des intérêts, des droits et des moyens qui lui sont particuliers ; chacun entretient, soigne, embellit son intérieur, et pourvoit à tous ses besoins, en y employant ses revenus, sans que la puissance publique puisse venir croiser cette autorité domestique, tant que celle-ci ne fait rien qui intéresse l'ordre général. Il ne faut pas conclure de là que les municipalités soient indépendantes des pouvoirs publics ; *disons qu'elles sont soumises à ces pouvoirs, mais qu'elles n'en font pas partie* ; disons qu'elles sont soumises à ces pouvoirs comme les individus, comme les familles privées, qu'elles doivent l'obéissance aux actes de la législature, et qu'elles dépendent du pouvoir exécutif, soit par les corps administratifs, soit par les tribunaux dans tout ce qui est du ressort du pouvoir judiciaire », Séance du 29 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, pp. 726-727. Nous soulignons.

²⁴ Article 49 du décret du 14 décembre 1789, préc.

²⁵ TARGET, Séance du 11 novembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 747.

de leur ressort²⁶ et n'interfèrent pas avec les matières nationales. Les communes, de même que n'importe quelle association, disposent d'« affaires propres » qu'il appartient à leurs membres de définir. Une telle assimilation ne relève pas que de la métaphore et c'est bien une conception de la commune comme « entité privée » qui se développe au début de la Révolution française²⁷. Il semble d'ailleurs logique qu'il en soit ainsi. Si cette conception résulte de l'antériorité historique des communes par rapport à l'État, leur cantonnement à la sphère domestique permet par ailleurs à l'Assemblée nationale de les intégrer dans son œuvre sans prendre le risque d'un conflit de pouvoirs. La commune fait en effet concurrence à la Nation²⁸ comme entité naturelle préexistant à l'État. Or, concevoir la commune comme une structure exclusivement privée permet de conserver le monopole de la Nation en tant que source naturelle du pouvoir de l'État, les deux collectivités s'inscrivant dans des sphères différentes et irréductibles. Le législateur révolutionnaire opère ainsi un travail de redéfinition des collectivités territoriales, rendu d'autant plus nécessaire qu'il a fait table rase des structures territoriales antérieures. Celui-ci lui permet ainsi de concilier et d'ordonner un ensemble de données contradictoires (son œuvre est en effet conditionnée par une double exigence tenant à la prise en compte du caractère présumé naturel des communes et du monopole de la Nation comme collectivité à l'origine de tout pouvoir dans l'État), sur lesquels il construit le nouveau régime. Les articles 8 et 9 de la Constitution de 1791 marquent en ce sens l'aboutissement de ce processus de conciliation, leur formulation rendant compte des contradictions desquelles ils résultent. On retrouve ainsi en leur sein tant l'expression de la naturalité présumée des communes (article 8 précité) que celle de leur caractère privé (article 9 précité). L'inscription constitutionnelle des communes est ainsi le fruit d'un ensemble de conciliations, dont le but est bien d'organiser l'intégration des communes au Tout national. En cela, elle est un élément de la stratégie du Constituant, censé renforcer les assises du régime qu'il entend créer. Le Constituant de 1945-1946 suivra en partie ces traces.

2. 1945-1946 : les collectivités territoriales, comme fondement naturel de la démocratie

En 1945-1946²⁹, le Constituant s'empare de la question territoriale pour des raisons qu'il avance très tôt dans ses travaux ; il s'agit en effet pour lui, sur le modèle du Constituant de 1789-1791, de fonder un nouveau régime démocratique, cette entreprise passant par la

²⁶ « Ce qui est de leur ressort [celui des municipalités], c'est tout ce qui appartient aux sociétés particulières des villes, des bourgs, des villages, tout ce qui n'a pas été mis en masse commune, tout ce qui peut s'administrer à part, sans embarrasser l'action de la machine politique », TARGET, *Ibid.*

²⁷ « Le régime municipal, borné exclusivement au soin des affaires particulières, et pour ainsi dire privées de chaque ressort communal, ne peut entrer sous aucun rapport, ni dans le système de la représentation nationale, ni dans celui de l'administration générale », THOURET, Séance du 29 septembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. IX, p. 208.

²⁸ Pour une définition contemporaine de la nation, voir SIEYES (Emmanuel), *Qu'est-ce que le Tiers-État ? (1789)*, Paris, P.U.F., Coll. « Quadrige », 1989, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1982), pp. 67 et suivantes.

²⁹ Les travaux de ces deux Chambres doivent en fait être considérés comme un tout ; leur logique n'est pleinement compréhensible que si cette période est envisagée dans sa continuité. La Constitution du 27 octobre 1946 « fut [en effet] votée au lendemain du rejet du projet constitutionnel d'avril par une assemblée pressée par le temps et désireuse de sortir du provisoire : ceci explique pourquoi les véritables débats se sont déroulés devant la première Assemblée constituante, tandis que ceux de la seconde ont eu seulement pour but de corriger le projet d'avril afin de tenir compte des indications du référendum. Or la controverse n'avait pas porté sur les institutions locales, et de ce fait, bien qu'en retrait sur le texte d'avril, le titre X conserve l'essentiel des dispositions de ce texte » (BOURJOL (Maurice), *Les institutions régionales de 1789 à nos jours*, Paris, Berger-Levrault, 1969, p. 215). Aussi, l'analyse de la portée des travaux du Constituant doit-elle prendre en compte les deux projets, qui constituent en fait les deux étapes d'une même dynamique.

renovation de l'assise territoriale de l'État. Le Constituant attribue en effet la faillite de la III^e République à l'absence de bases territoriales solides et souhaite y remédier³⁰. Malgré la similarité avec la rhétorique de l'Assemblée nationale constituante de 1789, le Constituant ne se trouve pas dans une situation identique. Il a en effet été vu qu'au début de la Révolution française, l'arrêté du 4 août 1789 en anéantissant le maillage territorial avait rendu impératif la réforme de la division générale du Royaume. Or, rien de tel ne peut être constaté en 1945-1946, qui justifierait l'empressement du Constituant à se saisir de cette question. Il ressort, au contraire, des débats constitutionnels, malgré les critiques des régimes précédents, une réelle continuité des collectivités territoriales. Tant les opposants à l'inscription constitutionnelle que ses partisans considèrent en effet les collectivités territoriales comme un « donné constitutionnel »³¹. Les deux échelons choisis témoignent bien de ce point, puisque les débats ne concernent pas la commune « cellule sociale dont la vie propre est [...] évidente »³² et que le département l'emporte sur la région du fait de son ancienneté³³. La conception du Constituant semble ainsi empreinte d'un reliquat de présomption de naturalité, qui, s'il est important pour comprendre certains choix du Constituant, n'est pas le facteur qui justifie l'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales. Le débat, relatif aux institutions territoriales, oppose en effet des arguments, qui bien que contraires, reposent pour partie sur ces prémices identiques, montrant bien que l'élément explicatif déterminant ne peut pas en être déduit.

L'inscription constitutionnelle résulte en fait d'un choix, c'est-à-dire d'un acte de volonté guidé par des considérations politiques, donc *a priori* dogmatiques. Néanmoins, les fondements de la volonté du souverain se traduisent par une certaine conception de l'agencement du pouvoir et de la fonction de la Constitution, propres à nourrir une explication juridique, sans que l'on puisse toutefois véritablement déterminer le facteur prévalent ou celui qui est à l'origine. La conception majoritaire dans les Assemblées nationales constituantes de 1945 et 1946 entend ainsi promouvoir une démocratie globale³⁴, comprise non seulement horizontalement mais également territorialement, les collectivités territoriales participant ainsi de l'expression de la souveraineté du peuple. Si cette conception se nourrit d'un certain naturalisme (héritage des Révolutionnaires), l'inscription constitutionnelle découle néanmoins d'une volonté *a priori* du Constituant sans que cette explication exclusivement argumentative emporte toutefois complètement la conviction. On sait en effet que le Constituant aime à parer

³⁰ On relève, par ailleurs, une critique similaire formulée par Odilon BARROT lors des travaux préparatoires à la Constitution du 4 novembre 1848 : « pour ce qui touche à l'organisation des pouvoirs nous ne ferons pas mieux que nos prédécesseurs, mais ce que nous pouvons modifier est le fondement de l'édifice, la commune. Tous les gouvernements qui ont régi la France n'ont croulé que parce qu'ils n'avaient pas de base, et il a suffi de les frapper au centre pour les détruire », Archives nationales, C.918, cité in LANZA (Albert), *L'expression constitutionnelle de l'administration française*, Paris, L.G.D.J., Coll. « Bibliothèque du droit public », n° 148, 1984, p. 549 (dans le même sens, v. également BARROT (Odilon), *De la centralisation et de ses effets*, Paris, H. Duminy Éditions, Coll. « Études contemporaines », 1861, pp. 153-ss). Les régimes, qui entendent promouvoir et fonder un nouveau démocratique, paraissent ainsi revendiquer une régénération de leur enracinement territorial.

³¹ LANZA (Albert), *L'expression constitutionnelle de l'administration...*, op. cit., p. 535.

³² Jacques ARRES-LAPOQUE, Séance du 16 avril 1946, *JORF ANC élue le 21 octobre 1945 débats*, n° 49, mercredi 17 avril 1946, p. 1914.

³³ En ce sens, voir Pierre COT, Séance du 24 décembre 1945, Première commission de la Constitution, p. 148 et Jacques ARRES-LAPOQUE, Séance du 16 avril 1946, op. cit., p. 1914.

³⁴ On trouve déjà, en France, l'expression de « démocratie intégrale » sous la plume de R. CARRE DE MALBERG in « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *RDP*, 1931, p. 232. À l'étranger, LENINE la mentionne dans *La révolution socialiste et le droit des nations à disposer d'elles-mêmes* (1916). De son côté, la Constitution espagnole du 9 décembre 1931 fait référence à l'État intégral, qu'elle entend promouvoir en reconnaissant les autonomies locales (v. l'art. 1^{er} : « *La República constituye un Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones* ». Nous soulignons).

ses novations des atours les plus prompts à valoriser son œuvre sans réelle considération pour la logique juridique³⁵. En revanche, l'argutie développée par le Constituant renvoie parallèlement à une certaine conception de la Constitution, qui permet de comprendre les raisons justifiant l'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales. Dans la description qu'il propose de la démocratie intégrale qu'il entend développer, le Constituant adopte ainsi une conception « mécaniste » de la Constitution. Michel TROPER a en effet démontré qu'il existait deux conceptions – mécaniste et normative³⁶ – dominantes de la Constitution chez le Constituant. « Selon la conception mécaniste, la constitution n'est pas une norme mais un ensemble d'autorités qui forment un système. Celui-ci établit pour chacune des autorités des contraintes qui l'empêchent d'outrepasser ses compétences »³⁷. La constitution est alors conçue de façon essentiellement organique, puisque c'est de l'ingénierie institutionnelle que naîtront le bon fonctionnement et l'équilibre des pouvoirs. « La conception mécaniste conduit [ainsi] à remplacer une analyse en termes de compétences juridiques par une analyse en termes de pouvoirs, entendus comme capacités d'agir et de produire des effets »³⁸. Or, telle est bien la logique qui anime le discours du Constituant de 1945-1946. Quand celui-ci entend promouvoir le versant territorial de la démocratie, c'est bien parce qu'il y voit un moyen d'asseoir le régime en réalisant « un des éléments du système "contrepoids et équilibre" qui caractérise [la] Constitution »³⁹. En ce sens, l'inscription constitutionnelle est guidée, autant qu'elle y participe, par cette appréhension organique de l'agencement des pouvoirs. On peut d'ailleurs penser que la démocratie intégrale n'est qu'un procédé argumentatif de type politique transcrivant cette conception juridique. Aussi, l'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales résulte-t-elle de deux facteurs principaux : la conception de la Constitution adoptée par le Constituant et le reliquat de naturalité dont elles bénéficient. Celui-ci impose en fait les institutions territoriales comme un moyen de compléter un régime, dont il veut assurer la régénération par rapport à ces devanciers. Il est alors intéressant de remarquer que le thème de la régénération territoriale comme moyen de renforcer le régime est tout sauf novateur : si on a vu ce qu'il en était en 1789, on peut également citer le cas de la loi de TREVENEUC⁴⁰ au début de la III^e République qui va dans le même sens. Ainsi, si elle est guidée par un souci de promouvoir les collectivités territoriales, l'inscription constitutionnelle trouve son explication principale dans l'agencement de l'État voulu par le Constituant, lui-même déduit de la conception mécaniste de la Constitution qu'il adopte ; la promotion des institutions territoriales se fait ainsi par voie d'exception, pour répondre à des exigences tenant à l'économie institutionnelle globale du système étatique et non pas pour promouvoir le pouvoir local (entendu comme synonyme du *self-government*).

³⁵ Ainsi que l'illustrent les différentes utilisations des notions de souveraineté nationale et de souveraineté populaire. En ce sens, voir TROPER (Michel), « "La souveraineté nationale appartient au peuple". L'article 3 de la Constitution de 1958 », in TROPER (Michel), JAUME (Lucien) (Sous la direction), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris – Bruxelles, L.G.D.J. – Bruylant, Coll. « La pensée juridique moderne », 1994, pp. 249-262.

³⁶ TROPER (Michel), « La machine et la norme. Deux modèles de constitution », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 2001, pp. 147-150.

³⁷ BOUCOBZA (Isabelle), « Du bon usage de deux modèles de constitution : la machine ou/et la norme dans la réforme de la justice italienne », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du professeur Michel TROPER*, Paris, Economica, 2006, p. 195.

³⁸ TROPER (Michel), « La machine et la norme. Deux modèles de constitution », *op. cit.*, p. 153.

³⁹ Jacques ARRES-LAPOQUE, Séance du 16 avril 1946, *op. cit.*, p. 1914. Nous soulignons.

⁴⁰ Loi du 15 février 1872 relative au rôle éventuel des conseils généraux dans des circonstances exceptionnelles, *JORF*, 23 février 1872 ; *BO*, 83, n° 928 ; *S.* 1872.III.176 ; *D.* 1872.IV.39. Pour une présentation de ce texte, nous nous permettons de renvoyer à notre thèse de doctorat, *La puissance territoriale. Contribution à l'étude du droit constitutionnel local*, Université Lumière Lyon II, 2006 (dactylo), pp. 182-191.

Ceci ne va d'ailleurs pas être sans conséquence sur la forme même du pouvoir local constitutionnalisé. Organes destinés à faire contrepoids à l'expression étatique du peuple, les collectivités territoriales doivent avant tout satisfaire à cette exigence. Il n'est donc pas surprenant que le pouvoir des collectivités territoriales soit défini principalement comme une liberté électorale en faveur de la population, sans considération pour le champ de ce pouvoir. On peut ainsi relever que le seul élément positif de la liberté d'administration qui leur est reconnu réside dans les *conseils élus au suffrage universel direct*, confirmant que les collectivités territoriales sont un prisme d'expression de la souveraineté du peuple. La fragilité des exécutifs – même constitutionnalisés – corrobore d'ailleurs cette conception, puisque le point le plus important n'apparaît pas être l'administration libre (ce dont participent incontestablement des exécutifs propres) d'entités infranationales, mais bien plutôt la possible expression du peuple au niveau territorial (donc l'élection des conseils locaux). De ce point de vue, ce n'est donc pas une constitutionnalisation de la décentralisation, comme le craignent ses opposants mais l'affirmation d'une nouvelle modalité d'expression du peuple, compris territorialement, découlant directement de l'économie du régime voulu par le Constituant. La portée de la protection assurée par l'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales ne doit, dans cette veine, pas être surestimée : dans l'esprit du Constituant, il s'agit donc bien de protéger un certain agencement de la démocratie (c'est-à-dire une certaine ingénierie politique) et non pas d'organiser les modalités de l'action publique (ce à quoi renverrait au contraire la notion de décentralisation). L'économie du pouvoir local constitutionnalisé s'inscrit ainsi parfaitement dans l'agencement de l'État voulu par le Constituant, dont elle découle. La conception mécaniste de la Constitution adoptée en 1946 a donc modelé non seulement la méthode mais également le résultat, et, ensuite, « l'héritage » du Constituant. Envisagé ainsi, on comprend d'ailleurs mieux les déséquilibres actuels de la décentralisation, entendue principalement dans son acception organico-démocratique, plutôt qu'en termes d'action publique. D'autant plus que sur ce point, l'« héritage » de 1946 sera intégré sans modification substantielle en 1958.

La Constitution du 4 octobre 1958 est ainsi un cas moins intéressant, même s'il confirme que les collectivités territoriales sont une donnée contraignante que le Constituant « doit » prendre en compte dans son oeuvre. Autant le dire nettement, le Constituant de 1958 n'est guère intéressé par la question des collectivités territoriales ; ses travaux consacrés à ce thème sont rapides et il s'agit davantage d'un toilettage du texte de 1946 que du fruit d'une réflexion profonde. Le Constituant ne semble néanmoins pas pouvoir faire l'impasse sur ce thème. Deux éléments l'en empêchent : l'un tient aux circonstances politiques de la rédaction de la Constitution, l'autre à l'aura du Titre X de la Constitution du 27 octobre 1946. L'équilibre de la procédure de rédaction de la Constitution peut être schématisé ainsi : le gouvernement du général de Gaulle a obtenu, grâce à la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, le pouvoir de rédiger une nouvelle Constitution ; il est donc l'élément dynamique de la procédure. La loi constitutionnelle du 3 juin a parallèlement enserré son action dans un carcan formel en l'obligeant à soumettre ses travaux à un Comité consultatif constitutionnel, puis à l'Assemblée générale du Conseil d'État. Dans ce cadre, le gouvernement doit négocier avec les diverses forces politiques composant le Comité consultatif constitutionnel la portée des modifications envisagées. Or, l'on sait que le projet du gouvernement rompait avec les habitudes parlementaristes des III^e et IV^e Républiques, suscitant une certaine fronde des parlementaires. Aussi, le gouvernement cherche-t-il à ne pas froisser davantage les élus et fait montre d'une certaine réceptivité à leurs propositions notamment en matière de collectivités territoriales. Cette tension est ainsi parfaitement perceptible dans l'opposition, parfois vive, entre les Commissaires du gouvernement, soucieux de valider *a minima* l'héritage de la Constitution de 1946, et nombre d'élus qui leur rappellent que toute impression de régression

serait mal vue par les élus locaux⁴¹. Sur ce point, l'inscription constitutionnelle semble conditionnée par les rapports qui se nouent au sein des organes participant à la rédaction de la Constitution. Ces tensions sont d'autant plus vives que le Titre X de la Constitution de 1946 apparaît comme une promesse non tenue que le Constituant aurait faite à ses entités territoriales⁴². Il incarne ainsi une sorte de minimum vital qu'une partie des membres du Comité consultatif constitutionnel entend défendre. Ce point confirme donc l'importance des dispositions de l'ancienne Constitution, dont une partie des rédacteurs de la Constitution entend assurer la pérennité. L'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales s'affirme ainsi en 1958 comme une donnée dépassant la volonté du Constituant, une sorte de norme méta-constitutionnelle, qu'il aurait énoncée à un instant « t – 1 » et qui continuerait de valoir pour ses travaux futurs. En cela, l'inscription constitutionnelle paraît présenter une nouvelle caractéristique, en ce qu'elle devient prescriptive. La rupture entre le constitutionnalisme révolutionnaire et le constitutionnalisme contemporain est sur ce point radicale. Si en 1789, il s'agit d'annihiler un conflit potentiel de légitimité (problème conjoncturel lié à l'érection d'un nouvel État et qui ne renvoie donc pas à une conception spécifique de la norme constitutionnelle), en 1946, la conception mécaniste de la Constitution lui donne une autre portée. L'intégration des collectivités territoriales à l'économie de la démocratie semble alors irréversible et l'attachement du Constituant de 1958 à reprendre ce point (malgré certaines réticences) confirme ce constat⁴³.

In fine, l'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales répond ainsi à une série de facteurs (méthode, desseins et croyances du Constituant), qui jouent dans des proportions différentes selon les périodes. Certains sont rémanents (principalement la présomption de naturalité dont jouissent les collectivités territoriales) tandis que d'autres apparaissent et modifient substantiellement l'idée que l'on se fait du travail du Constituant, dont la liberté doit vraiment être nuancée. Enfin, la forme du pouvoir local constitutionnalisé résulte de la conception générale de l'État, confirmant bien la distinction entre libre administration et décentralisation. De son côté, l'intervention du pouvoir constituant dérivé tente d'apporter une réponse aux limites qu'a finies par rencontrer la mise en œuvre de la décentralisation dans le cadre de la République française.

B. La révision constitutionnelle de 2003 : le moyen de mettre à jour la division verticale du pouvoir

Si le pouvoir constituant originaire a du prendre en compte les collectivités territoriales, il semble en aller de même pour le pouvoir constituant dérivé. La révision constitutionnelle à laquelle procède la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 (précitée) a en effet pour principal but de permettre le dépassement d'une situation (du système juridique) qui apparaissait à tout le moins bloquée, figée. Contrairement au Constituant de 1946, il ne s'agit pas de raisons liées à son propre comportement (qu'il s'agisse de son argumentation ou de sa méthode), mais de facteurs découlant de l'économie institutionnelle. La révision

⁴¹ À titre d'exemple, voir les débats relatifs aux exécutifs in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, t. II, Paris, La documentation française, 1988, p. 443.

⁴² Si son article 87 prévoyait que « l'exécution des décisions de ces conseils est assurée par leur maire ou leur président », la loi organique nécessaire à son application (article 89) n'a jamais été édictée, privant cette disposition de toute portée.

⁴³ On peut d'ailleurs penser que toute nouvelle Constitution devrait aujourd'hui comprendre un ensemble de dispositions relatif à l'organisation territoriale de l'État. La question qui se poserait néanmoins dans ce cas de figure est la suivante : dans quelle mesure l'héritage de 1946 jouerait-il par rapport aux autres facteurs apparus depuis (que l'on songe notamment à la construction européenne) ?

constitutionnelle de 2003 résulte en effet de l'impossibilité de poursuivre la décentralisation à droit constitutionnel constant (1.) ; elle s'impose ainsi comme le seul moyen possible pour résoudre les contradictions d'un système devenu pour partie inadapté (2.).

1. Les limites de la décentralisation à droit constitutionnel constant

Quand la gauche arrive au Pouvoir en 1981, le président MITTERRAND entend faire de la décentralisation la « grande affaire du septennat » et donner suite aux projets que le Parti socialiste avait déposés alors qu'il était dans l'opposition⁴⁴. Si une révision de la Constitution est envisagée dans un premier temps, cette idée est très vite abandonnée puisque le Gouvernement ne peut pas compter sur le soutien – indispensable dans cette entreprise – du Sénat. Aussi, le procès décentralisateur est-il réalisé à droit constitutionnel constant, empruntant les lois et règlements. Ce recours exclusif à la loi n'empêche d'ailleurs pas un certain épanouissement de la décentralisation⁴⁵, qui progresse indubitablement entre 1982 et 2003. Néanmoins, cette méthode cantonne le travail du législateur au cadre constitutionnel et à l'interprétation qu'en donne le juge constitutionnel. Les premières limites apparaissent ainsi dès le contrôle de la première loi de décentralisation puisque la décision n° 82-137 DC censure la réforme du contrôle des actes des collectivités territoriales par le représentant de l'État⁴⁶. Celle-ci prévoyait en effet que les actes des collectivités territoriales étaient exécutoires de plein droit avant même leur transmission au représentant de l'État, ce qui avait pour conséquence de priver temporairement l'État de l'exercice des prérogatives qu'il détient de l'article 72 de la Constitution. Celui-ci est en l'espèce entendu de façon plutôt stricte, le Conseil constitutionnel se posant en défenseur d'une conception exigeante de l'unité de l'État. En ce sens, il affirme quelques années plus tard que « la libre administration des collectivités territoriales ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire »⁴⁷ et censure le mécanisme qui prévoyait la conclusion de contrats d'association entre l'État, un établissement d'enseignement privé et la commune siège de cet établissement, au motif que la conclusion du contrat, et donc l'exercice de la liberté d'enseignement, dépendait *in fine* de la volonté de la commune. Cette position sera confirmée dans la décision n° 93-329 DC⁴⁸. En l'espèce, le juge constitutionnel censure le fait que la liberté de l'enseignement puisse dépendre de l'intervention des collectivités territoriales et ne pas être la même partout sur le territoire national. Le principe de libre administration des collectivités territoriales cède donc face au principe d'égalité, dont l'égalité devant les libertés publiques est une composante, élément essentiel de l'unité de l'État pour le juge constitutionnel. Par ailleurs, la décentralisation à droit constitutionnel constant rend impossible le renforcement véritable des collectivités territoriales. En effet, les innovations du législateur se heurtent pour la plupart à l'interprétation de la Constitution par le Conseil constitutionnel. On peut en ce sens mentionner la défense du principe de l'interdiction de toute tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre, qui amène le Conseil constitutionnel à censurer le mécanisme de la

⁴⁴ Voir par exemple la proposition de loi n° 1557 du 10 décembre 1979, portant décentralisation de l'État, déposé par le Parti socialiste à l'Assemblée nationale par MM. MITTERRAND, DEFERRE et JOXE.

⁴⁵ Ce sont ainsi plus de trente lois qui seront édictées en la matière entre 1982 et 2003. Ce chiffre – élevé – rend compte de l'importance accordée à la décentralisation au cours des vingt-cinq dernières années.

⁴⁶ CC, déc. n° 82-137 DC, 25 février 1982 (*Droits et libertés des communes, des départements et des régions*), Rec. p. 38.

⁴⁷ CC, déc. n° 84-185 DC, 18 janvier 1985 (*Libertés publiques*), Rec. p. 36.

⁴⁸ CC, déc. n° 93-329 DC, 13 janvier 1994 (*Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*), Rec. p. 9.

collectivité chef de file⁴⁹ et à être extrêmement réservé quant au recours à l'administration contractuelle⁵⁰.

Si l'on adopte néanmoins une conception générale de la jurisprudence constitutionnelle, elle apparaît en fait duale. Dans la lignée de la conception défendue par le Constituant, le Conseil valorise la dimension institutionnelle de la liberté d'administration plus que jamais partie intégrante de l'expression démocratique du peuple. Il a par exemple, et sans prétendre à l'exhaustivité, appliqué aux élections locales, à la fois le principe des bases essentiellement démographiques de l'élection⁵¹ et celui relatif au nécessaire respect du pluralisme politique⁵², garantissant ainsi l'identité des principes applicables à l'ensemble des scrutins politiques⁵³. Ce point a été conforté par une jurisprudence protégeant l'assimilation institutionnelle entre les départements d'outre-mer et leurs homologues du territoire européen de la République⁵⁴. Il a par ailleurs admis un espace de liberté réel en faveur des conseils locaux quant à l'établissement de leur règlement intérieur⁵⁵, confirmant la dimension essentiellement institutionnelle de la libre administration. En revanche, le bilan est beaucoup plus modéré/modeste si l'on envisage la libre administration comme liberté de faire. Malgré l'affirmation d'une position de principe plutôt favorable selon laquelle les organes délibérants des collectivités territoriales doivent être dotés « d'attributions effectives »⁵⁶, le Conseil n'en a pas véritablement déduit de garanties concrètes pour les collectivités territoriales, à l'exception de la vérification du respect par le législateur des « compétences propres »⁵⁷ des collectivités territoriales ; sans que le contenu de cette notion puisse toutefois être défini avec certitude⁵⁸. Sa jurisprudence en matière normative, dans laquelle il censure, au motif d'incompétences négatives du législateur ou, néanmoins à plus forte raison, d'atteintes au monopole législatif⁵⁹, les marges de manœuvre laissées par le Parlement⁶⁰ aux collectivités territoriales ou bien celle relative aux ressources financières des collectivités territoriales⁶¹

⁴⁹ CC, déc. n° 94-358 DC, 26 janvier 1995 (*LOADT*), *Rec.* p. 183.

⁵⁰ Même si le Conseil constitutionnel a établi un lien entre libre gestion du personnel par la collectivité et liberté contractuelle (CC, déc. n° 88-251 DC, 12 janvier 1989 (*Loi portant diverses dispositions relatives aux collectivités territoriales*), *Rec.* p. 10), cette dernière ne bénéficie, toutefois, toujours pas de la valeur constitutionnelle, malgré les appels répétés de la doctrine en ce sens.

⁵¹ CC, déc. n° 85-196 DC, 8 août 1985 (*Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*), *Rec.* p. 63 et CC, déc. n° 87-227 DC, 7 juillet 1987 (*Modification du régime électoral et de l'organisation administrative de la ville de Marseille*), *Rec.* p. 41.

⁵² CC, déc. n° 2003-468 DC, 3 avril 2003 (*Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*), *Rec.* p. 325.

⁵³ Qualification appliquée aux élections locales dans la décision n° 82-146 DC, 18 novembre 1982 (*Quotas par sexe*), *Rec.* p. 66.

⁵⁴ CC, déc. n° 82-147 DC, 2 décembre 1982 (*Loi portant adaptation de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à la Réunion*), *Rec.* p. 70.

⁵⁵ CC, déc. n° 98-407 DC, 14 janvier 1999 (*Fonctionnement des conseils régionaux*), *Rec.* p. 21.

⁵⁶ CC, déc. n° 85-196 DC, préc.

⁵⁷ CC, déc. n° 90-274 DC, 29 mai 1990 (*Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*), *Rec.* p. 61 ; CC, déc. n° 2000-436 DC, 7 décembre 2000 (*Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain*), *Rec.* p. 176 ; CC, déc. n° 2001-447 DC, 18 juillet 2001 (*Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie*), *Rec.* p. 89 ; CC, déc. n° 91-290 DC, 9 mai 1991 (*Statut de la Corse*), *Rec.* p. 50. et CC, déc. n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002 (*Loi relative à la Corse*), *Rec.* p. 70.

⁵⁸ JANICOT (Laetitia), « Réflexions sur la notion de compétences propres appliquée aux collectivités territoriales en droit français », *AJDA*, 2004, pp. 1574-1583.

⁵⁹ CC, déc. n° 2001-454 DC, préc.

⁶⁰ CC, déc. n° 94-358 DC, préc.

⁶¹ Dans une série de décisions couvrant la période de 1990 à 2003, le Conseil constitutionnel a toujours interprété le principe de libre administration des collectivités territoriales de telle sorte qu'il ne soit pas violé. Il en a résulté

témoignent ainsi du caractère étatiste de la position du juge. Celui-ci « prend [d'ailleurs] grand soin de préciser, dans chaque cas, que cette libre administration s'exerce "*dans les conditions prévues par la loi*", et cette dernière formule, qui est la seconde partie du deuxième alinéa de l'article 72 de la Constitution, semble souvent l'emporter dans la jurisprudence constitutionnelle, sur la première partie de l'alinéa, la libre administration »⁶², réduisant ainsi la libre administration à une liberté élective.

L'équilibre de la décentralisation telle qu'elle est mise en œuvre à partir de 1982 et les limites qu'elles rencontrent résultent pour une large part d'un décalage très net entre la conception de la division verticale de l'État développée par le Constituant et sa mise en œuvre près d'un demi-siècle plus tard. Celui-là a en effet développé une conception fonctionnelle des collectivités territoriales, devenues organes d'expression de la souveraineté populaire tandis que leur articulation avec les autres organes démocratiques relevait d'une conception mécaniste de la Constitution. Ce double présupposé a, ainsi qu'il a été vu, eu une influence sur la définition du pouvoir des collectivités territoriales. Or, la mise en œuvre de la décentralisation implique de repenser l'articulation entre l'État et son territoire, puisqu'il ne s'agit plus seulement d'un agencement de la démocratie, mais de penser la mise en œuvre plurielle de l'action publique. Dans ce cadre, le législateur paraît abandonner la conception mécaniste des rapports entre les collectivités décentralisées et l'État pour lui préférer une articulation normative⁶³. Or, celle-ci ne peut pas trouver de concrétisation dans la Constitution, faute pour les Gouvernants de pouvoir procéder à la révision de la norme fondamentale. On assiste ainsi au décalage progressif entre une norme constitutionnelle conçue comme agencement systémique d'organes et un législateur soucieux de promouvoir la régulation normative de la décentralisation, ainsi que l'illustre par exemple le renforcement de la place du juge administratif comme organe de régulation des rapports entre l'État et ses composantes⁶⁴. Cette tension contradictoire est d'ailleurs au cœur de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et permet d'en expliquer l'économie ; le juge de la rue de Montpensier, conformément en cela au dessein du Constituant, promeut ainsi des collectivités territoriales – organes démocratiques. En revanche, sa jurisprudence se montre bien plus prudente quand il s'agit des conditions de mise en œuvre de la décentralisation, mais il faut alors relever que la Constitution ne lui fournit qu'un matériau très lacunaire. Cette contradiction majeure a ainsi paru entraver substantiellement la poursuite du processus décentralisateur. La révision de la Constitution s'est imposée comme la seule solution pour dépasser ces blocages du système juridique, en ce qu'elle devrait permettre de résoudre cette contradiction.

la déliquescence progressive des marges d'action financières des collectivités territoriales et la déshérence de leurs ressources fiscales, limitant substantiellement leurs marges d'action. À titre d'exemple, voir les décisions n° 90-274 DC, préc., n° 90-277 DC, 25 juillet 1990 (*Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*) (Rec. p. 70) ou plus récemment n° 2002-464 DC, 27 décembre 2002 (*Loi de finances pour 2003*) (Rec. p. 583).

⁶² PONTIER (Jean-Marie), « La décentralisation territoriale en France au début du XXI^e siècle », *RGCT*, n° 22, mars – avril 2002, p. 92.

⁶³ « Selon la conception normative, la constitution est perçue comme une norme juridique obligatoire qui règle la production des autres normes et qui énonce des droits et obligations, notamment en matière de libertés individuelles. Elle appelle, pour être efficace, la mise en place d'un garant qui est recherché dans l'institution d'un juge », BOUCOBZA (Isabelle), « Du bon usage de deux modèles de constitution... », *op. cit.*, p. 195.

⁶⁴ En ce sens, voir MULLER (Isabelle), *Le juge administratif et l'autonomie des collectivités locales*, Thèse, Toulouse, 1994 (dactylo), 434 p.

2. La révision constitutionnelle de 2003 : vers un agencement de type normatif de la division territoriale du pouvoir

Face aux limites évoquées, la révision de la Constitution apparaît comme la seule solution à des gouvernants désireux de réorienter le procès décentralisateur, et accessoirement la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Une telle révision n'est toutefois envisageable que si les pouvoirs constitués politiques s'accordent tous sur cette nécessité ; cette conjonction des volontés apparaît au début du second mandat du président Chirac, rendant possible la révision de la Constitution. L'accord se fait alors sur une méthode qui n'est pas sans rappeler celle mise en œuvre en 1982, la différence de niveau normatif de réalisation mise à part : il s'agit de fixer dans la Constitution les grandes lignes de la décentralisation, afin de relancer ce processus et de proposer un cadre plus explicite à l'interprétation du Conseil constitutionnel. La révision de la Constitution sera ensuite suivie d'un nouveau train de mesures (lois organiques et ordinaires) destiné à concrétiser la dynamique initiée par la révision de la Norme fondamentale. La méthode retenue s'inscrit ainsi pleinement dans la conception française de la répartition des compétences de définition et mise en œuvre de la décentralisation (définition générale dans la Constitution, mise en œuvre pratique par la loi) et semble respectueuse du caractère unitaire de l'État⁶⁵.

Contrairement à l'œuvre du pouvoir constituant originaire, il ne s'agit pas en 2003 de renforcer la démocratie (comprise d'un point de vue organique), mais de relancer le procès décentralisateur. Le Constituant entend donc promouvoir un ensemble de principes, participant de la mise en œuvre de l'action publique. En ce sens, la définition mécaniste adoptée par le Constituant originaire ne convient plus (elle a d'ailleurs marqué ses limites dans la préservation de l'autonomie d'action des collectivités territoriales) et le Constituant développe une conception normative de la Constitution. La définition proposée de la décentralisation ne résulte ainsi pas d'un agencement mécanique mais d'un ensemble d'énoncés normatifs censés rééquilibrer l'économie de la division verticale du pouvoir. L'inscription dans la Constitution d'une version française du principe de subsidiarité illustre cette tendance, certes un peu naïve, à la définition normative du nouvel équilibre décentralisé. D'autres dispositions vont par ailleurs dans le même sens ; l'alinéa 4 de ce même article 72 définit les rapports entre collectivités territoriales (l'interdiction de la tutelle et l'autorisation du mécanisme de la collectivité chef de file) d'un point de vue exclusivement normatif. On peut, de plus, relever que même là où l'on pourrait s'attendre à une régulation de type mécaniste, le législateur constituant a opté pour une définition normative, en ce sens qu'il a précisé dans une disposition la forme des rapports qui se nouent entre l'État et ses composantes (élément laissé dans le flou dans une conception mécaniste stricte, ainsi que l'illustre l'indétermination des rapports entre collectivités territoriales et État dans la Constitution de 1946). Il en va ainsi de la reconnaissance des populations d'outre-mer et de l'organisation de la procédure de modification de leur statut (articles 72-3 et 73-4 de la Constitution). Conformément au constat établi dans le point précédent, la révision de la Constitution semble guidée par le souci d'apaiser les tensions et de concilier les articulations mécaniste et normative de la décentralisation dans la Constitution. Elle procède en ce sens à un certain rééquilibrage de la Constitution, auquel n'était pas parvenue la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le choix des thèmes inscrits dans le nouveau Titre XII de la Constitution répond d'ailleurs d'une même volonté de couper court à certaines tendances de la jurisprudence constitutionnelle, jugées insatisfaisantes par le législateur. L'inscription à l'article 72, alinéa 4 de la Constitution de la possible expérimentation législative des

⁶⁵ GOHIN (Olivier), « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'État en France », *AJDA*, 2003, p. 525.

collectivités territoriales vient ainsi répondre à la décision n° 2001-454 DC, tandis que les tempéraments figurant à cet article en matière de libertés fondamentales reprennent la position du juge constitutionnel⁶⁶, confirmant que le Constituant a bien engagé un dialogue avec l'œuvre du juge. De son côté, l'article 72-2 de la Constitution consacré entièrement aux finances locales confirme ce dialogue et illustre la volonté du Constituant de recadrer la jurisprudence constitutionnelle, jugée trop laxiste en la matière⁶⁷. Cette disposition est ainsi censée assurer aux collectivités territoriales la libre gestion de leurs ressources, la part déterminante des ressources fiscales au sein de ces dernières et l'accompagnement des transferts de compétences par les ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Autant de points sur lesquels la jurisprudence constitutionnelle avait été jugée défailante⁶⁸. L'intervention du Constituant cherche ainsi à rendre possible un nouvel équilibre systémique, dépassant l'état antérieur de la jurisprudence en proposant une définition de la division verticale du pouvoir non plus seulement centrée sur l'agencement de la démocratie, mais également sur les conditions du pluralisme de l'action publique.

La modification de la Constitution est donc un moyen de mettre en ligne la norme fondamentale avec l'image que le Constituant a de l'État⁶⁹. L'article 1^{er} de la Constitution parachève cette dynamique en énonçant que l'organisation de la République est décentralisée. Replacée dans son contexte, cette disposition apparaît alors comme un énoncé performatif, c'est-à-dire « un énoncé qui n'a pas besoin d'être concrétisé (la [République] est telle par simple affirmation de l'énoncé) »⁷⁰. En ce sens, elle constitue autant l'expression que l'aboutissement de la volonté du Constituant de dépasser les limites systémiques auxquelles il se trouvait confronté, cet énoncé prouvant que l'entreprise a été menée à bien puisque l'organisation décentralisée de la République constituera le cadre dans lequel le juge constitutionnel devra placer ses interprétations. En ce sens, l'inscription constitutionnelle pratiquée par le pouvoir constituant dérivé rejoint et dépasse le dessein initial du Constituant originaire : alors que les collectivités territoriales avaient été protégées comme organe démocratique, elles sont dorénavant consacrées comme organes différenciés d'action publique, la libre administration, liberté élective, devant désormais trouver à se concrétiser dans l'organisation décentralisée de la République, espace pluraliste de l'intervention publique.

L'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales résulte ainsi de la volonté du Constituant de promouvoir un certain agencement de la démocratie et de l'État. Aussi bien la forme du pouvoir local que l'économie décentralisatrice en découlent. En inscrivant les collectivités territoriales dans la Constitution, le Constituant entendait promouvoir un certain équilibre de l'État, répondant tant à des considérations argumentatives que juridiques. Ce faisant, il désirait également développer un certain nombre de freins à l'intervention de l'État,

⁶⁶ CC, déc. n° 84-185 DC, préc.

⁶⁷ On relèvera d'ailleurs le paradoxe (la schizophrénie ?) d'un législateur constituant désireux de couper court à l'absence de censure par le Conseil constitutionnel de ses actes en tant que législateur ordinaire, reprochant au passage au juge de la rue de Montpensier son incapacité à le freiner dans ses velléités centralisatrices. Le Conseil de « Chien de garde de l'exécutif » serait-il donc devenu « garde-fou » du Parlement ?

⁶⁸ On peut par ailleurs relever que l'article 72-2C prévoyait une loi organique pour déterminer les conditions de mise en œuvre de la garantie de la part prépondérante des ressources propres. Celle-ci a été en partie censurée lors de son examen par le Conseil constitutionnel, au motif du caractère tautologique d'une de ses dispositions ; ce qui a eu pour conséquence de fixer la « part déterminante » au niveau constaté en 2003, pourtant unanimement critiqué par les élus et la doctrine. Dans le dialogue qui se noue entre le juge et le Constituant, ce dernier n'a pas toujours le dernier mot.

⁶⁹ En ce sens, BRISSON (Jean-François), « “La France est une République indivisible... son organisation est décentralisée” ! », *RDP*, 2003, pp. 111-114.

⁷⁰ MILLARD (Éric), *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 112.

conçus tant mécaniquement (1946) que normativement (2003). L'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales est donc conçue comme une source de contraintes pour l'État, dont il faut à présent mesurer la portée.

II. La définition constitutionnelle de la décentralisation : le législateur reste maître de la division verticale du pouvoir

La révision constitutionnelle de 2003 a modifié l'agencement de la division verticale du pouvoir, substituant une articulation normative de la décentralisation à une acception organique de la libre administration des collectivités territoriales. En cela, elle insiste beaucoup plus que le texte originaire de la Constitution sur les conditions de mise en œuvre de l'action publique tandis que le texte de 1958 consacrait essentiellement une liberté électorale. L'œuvre du législateur constitutionnel embrasse ainsi les conditions de mise en œuvre et le champ de la décentralisation. L'étude des conditions constitutionnelles d'intervention des différents organes intéressés dans ce processus révèle la difficulté à véritablement enserrer le travail du législateur (A.), tandis que l'analyse des éléments de définition retenus permet de comprendre la faible portée contraignante de la décentralisation, même constitutionnalisée (B.).

A. La mise en œuvre de la décentralisation : le *statu quo* de l'agencement des sources de la décentralisation

La libre administration était, aux termes des articles 34 et 72 de la Constitution, mise en œuvre par la loi. Si cela n'empêchait pas l'intervention du pouvoir réglementaire, celle-ci ne pouvait être que résiduelle⁷¹, faisant du législateur le maître de la libre administration. Le pouvoir réglementaire local n'avait quant à lui pas de fondements exprès, laissant dans le doute les conditions de son intervention. La révision de 2003 a entendu revenir sur ce point. Malgré la consécration expresse du pouvoir réglementaire local, la répartition des compétences de mise en œuvre de la décentralisation ne connaît guère d'évolution, le législateur restant l'organe prévalent (1.). La révision de la Constitution a néanmoins procédé à quelques modifications des conditions de son intervention ; si la plupart s'avère essentiellement symbolique, d'autres créent de véritables limites à l'action du législateur (2.).

1. L'absence de modification de l'économie organique de mise en œuvre de la décentralisation

Le Constituant a procédé à un réagencement des conditions de mise en œuvre de l'action publique territoriale, censé favoriser l'action des collectivités décentralisées. L'article 72, alinéa 3 de la Constitution reconnaît ainsi l'existence d'un pouvoir réglementaire local, admis en faveur des collectivités territoriales dans le cadre de leurs compétences⁷². Les

⁷¹ BACOTYANNIS (Constantinos), *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Paris, Economica – P.U.A.M., Coll. « Droit public positif », 1993, pp. 175 et suivantes.

⁷² En lui donnant un fondement constitutionnel, la Constitution explicite bien que l'origine de ce pouvoir se trouve dans la norme fondamentale, comme celui de l'ensemble des organes constitués politiques, mettant un terme à ce que la doctrine avait qualifié de « Querelle d'Angers ». Sur ce point, voir BOURJOL (Maurice), FAVOREU (Louis), « Élaboration du statut : compétence exclusive de l'État ou compétence partagée ? », *Cahiers du CFPC*, n° 13, 1983.

conditions d'expression du pouvoir réglementaire local (c'est-à-dire plus précisément ses rapports avec les autres pouvoirs normatifs) doivent alors être précisées, afin d'éclaircir l'étendue de la « dimension verticale de la décentralisation »⁷³. La relation qui se noue entre le pouvoir réglementaire et la loi est régie par l'article 72 de la Constitution, puisque celui-ci débute par les termes « dans les conditions prévues par la loi ». Il semble donc que la mise en œuvre de la capacité normative des collectivités territoriales dépende de l'intervention du législateur, même si le Conseil constitutionnel a admis, dans le cas particulier de l'élaboration de leur règlement intérieur par les organes délibérants locaux, une marge de manœuvre contre le législateur⁷⁴. Cette décision est néanmoins restée isolée ; l'habilitation du pouvoir réglementaire à intervenir ne semble donc pas pouvoir se fonder directement dans la Constitution (et l'interprétation qu'en donne le Conseil constitutionnel). Sa mise en œuvre concrète nécessite donc une norme législative. « À aucun moment, la révision constitutionnelle n'a [d'ailleurs] eu pour objet de permettre une intervention du règlement local, en dehors de la loi »⁷⁵. La Constitution ne partage ainsi pas elle-même les compétences ; elle « observe une neutralité à l'égard de la consistance du pouvoir réglementaire local et l'abandonne, en grande partie, à la contingence du politique »⁷⁶. Elle désigne ainsi l'organe qui réalise ce partage : en matière de collectivités territoriales, il s'agit du Parlement. « Autant le texte de l'actuelle Constitution que les idées de libertés publiques, de décentralisation, de compétences propres ramènent [ainsi] exclusivement à la fonction législative »⁷⁷. C'est donc au législateur qu'échoit la fonction de concrétisation de la décentralisation et du principe de libre administration des collectivités territoriales. Ne procédant ainsi jamais que de la loi, le pouvoir réglementaire local agit exclusivement *ex lege*, les actes locaux étant toutefois pris en *application* de la loi, non en *exécution* de celle-ci⁷⁸, sans que cela détermine néanmoins une quelconque limite à l'intervention du législateur. L'agencement auquel procède la révision constitutionnelle de 2003 semble ainsi consacrer la situation antérieure, les nouvelles dispositions ne procédant à aucune modification de l'équilibre systémique.

La relation directe entre loi et pouvoir réglementaire local est simultanément conditionnée par la place réservée au pouvoir réglementaire étatique, qui apparaît d'ailleurs comme le principal pouvoir d'exécution de la loi. Si le Conseil d'État a admis un pouvoir réglementaire d'organisation de leurs services en faveur des collectivités territoriales⁷⁹, il se montre plus réservé quant à la mise en œuvre directe de la loi, opérant une distinction en fonction du degré de précision du texte de référence. Une collectivité territoriale ne peut pas intervenir directement sur le fondement d'une loi dont les dispositions générales et imprécises impliquent l'intervention préalable du pouvoir réglementaire national⁸⁰. Le pouvoir réglementaire étatique apparaît donc comme l'intercesseur obligé entre la loi et les collectivités territoriales, confirmant que le pouvoir réglementaire local n'est pas un pouvoir de mise en œuvre de la loi. L'intervention directe des collectivités territoriales sur le

⁷³ EISENMANN (Charles), *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1948, p. 249.

⁷⁴ CC, déc. n° 98-407 DC, préc.

⁷⁵ FRIER (Pierre-Laurent), « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? », *AJDA*, 2003, p. 560.

⁷⁶ FAURE (Bertrand), *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, Paris, L.G.D.J., Coll. « Bibliothèque du droit public », t. 200, 1998, p. 161.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 153.

⁷⁸ AUBY (Jean-Marie), « Le pouvoir réglementaire des autorités locales », *AJDA*, 1984, pp. 468-477.

⁷⁹ CE, 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*, *Leb.* p. 37.

⁸⁰ CE, Avis Sect., 20 mars 1992, *Préfet du Calvados*, *Leb.* p. 123.

fondement de la loi est en revanche possible si elle est suffisamment précise ; qualité que le juge semble envisager à l'aune du renvoi par la loi elle-même à un décret en Conseil d'État pour son application. Les collectivités territoriales peuvent ainsi, sur le seul fondement de la loi et dans le cadre des limites qu'elle fixe, déterminer les emplois qu'elles font bénéficier d'un logement de fonction sans attendre l'édiction par les autorités de l'État d'un texte réglementaire, que la loi ne prévoit de toute façon pas⁸¹.

« Le pouvoir réglementaire local, tel qu'il découle d'une loi, ne saurait donc exclure, sauf cas très particulier, l'intervention du Premier ministre. Ce pouvoir local ne peut agir que dans le respect des lois et des règlements nationaux réguliers, faute de quoi, son intervention serait sanctionnée par le juge pour violation des règles supérieures⁸² »⁸³. La nouvelle rédaction constitutionnelle ne semble d'ailleurs pas infirmer la faible place laissée au pouvoir réglementaire local. Il est en effet impossible d'inférer de la rédaction retenue une atténuation de la portée du pouvoir réglementaire national. « La réforme [de 2003] n'organisant aucun retrait exprès du pouvoir qu'exerce l'Exécutif, ce dernier peut continuer à s'emparer du travail d'exécution des lois que les collectivités doivent mettre en oeuvre »⁸⁴. D'autant plus que l'inscription explicite de cette restriction a été refusée par le législateur⁸⁵. « Rien n'autorise [donc], à la lecture de la Constitution, à adopter une conception restrictive des tâches du gouvernement pour faire une plus large place au pouvoir secondaire des collectivités territoriales »⁸⁶. La progression du pouvoir réglementaire local relève ainsi davantage de la prise en compte par les acteurs politiques et juridictionnels d'« un nouveau contexte politique, [d']une nouvelle ambiance favorable à la décentralisation plus [que d']une véritable obligation juridique »⁸⁷. L'économie antérieure d'expression du pouvoir ne connaissant pas de modifications substantielles, les relations entre loi et pouvoir réglementaire local ne devraient dès lors guère évoluer. Les rapports entre les différents pouvoirs normatifs continuent de favoriser l'intervention du législateur, véritable maître de la décentralisation. La Constitution procède ainsi à un agencement normatif des pouvoirs, qui confirme le caractère secondaire du pouvoir local et la centralité de l'intervention du législateur. Confirmant cela, la révision constitutionnelle de 2003 a d'ailleurs procédé à un certain encadrement de son intervention, afin de limiter la dimension verticale de la centralisation.

⁸¹ CE Ass., 2 décembre 1994, *Commune de Cuers*, *Leb.* p. 522.

⁸² CE, 5 octobre 1998, *Commune de Longjumeau*, *T.* p. 768.

⁸³ FRIER (Pierre-Laurent), « Le pouvoir réglementaire local... », *op. cit.*, p. 562.

⁸⁴ FAURE (Bertrand), « Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales doit-il rester précaire ? », in GAUDEMET (Yves), GOHIN (Olivier) (Sous la direction), *La République décentralisée*, *op. cit.*, p. 58.

⁸⁵ La Commission des lois, reprenant une proposition de l'Institut de la décentralisation, suggérait de compléter l'énoncé des réserves au pouvoir réglementaire du Premier ministre défini à l'article 21 de la Constitution de l'expression suivante « et du troisième alinéa de l'article 72 ». Cette formulation n'a pas été retenue lors des débats alors que son but est clair : il s'agit « de permettre aux collectivités territoriales d'exercer pleinement le pouvoir réglementaire qui leur est reconnu pour l'exercice de leurs compétences », GARREC (René), *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République*, Sénat, n° 27, Session ordinaire 2002-2003, p. 82. Sur ce point, v. également les remarques de Bertrand Faure, *ibid.*

⁸⁶ FAURE (Bertrand), « Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales doit-il rester précaire ? », *op. cit.*, p. 58.

⁸⁷ FRIER (Pierre-Laurent), « Le pouvoir réglementaire local... », *op. cit.*, p. 563.

2. Les conditions d'intervention du législateur : l'émergence de contraintes organiques

Si le législateur continue donc d'être le principal organe de mise en œuvre de la décentralisation, le Constituant a néanmoins imaginé plusieurs modifications de la procédure législative quand elle traite de la décentralisation. La Constitution impose ainsi au législateur l'édiction de lois organiques afin de mettre en œuvre et de préciser les obligations du législateur dans les matières les plus novatrices et fondamentales initiées par la révision de 2003, à savoir l'expérimentation⁸⁸, le référendum local⁸⁹, le droit de pétition⁹⁰ et les conditions de l'autonomie financière⁹¹. Deux remarques peuvent être faites pour mesurer l'impact de ce procédé. L'absence de différenciation organique entre le législateur ordinaire et le législateur organique limite la portée de ce mécanisme. Sans juger de l'intérêt du contenu des textes adoptés, on peut néanmoins constater que la principale disposition de la loi organique relative aux finances locales a été censurée pour son caractère tautologique et son défaut de normativité⁹² tandis que le texte relatif au droit de pétition n'a toujours pas été édicté. Ce qui illustre bien les difficultés rencontrées par le législateur organique en ces matières. En cela, il n'y a d'ailleurs rien de neuf, puisque les lois organiques prévues dans la Constitution du 27 octobre 1946 n'ont jamais pu être édictées. L'adoption des lois organiques paraît soumise à une série de contraintes qui en font un procédé dont l'efficacité s'avère incertaine, parce que trop dépendante de l'état du rapport de force partisan au sein du Parlement. Par ailleurs, la loi organique n'est une limite à l'action du législateur qu'une fois édictée. Il est en effet impossible d'invoquer la violation d'une disposition devant être précisée par une loi organique tant que celle-ci n'a pas été adoptée⁹³. Or, comme la France ne connaît pas de mécanismes permettant de constater l'inconstitutionnalité par omission⁹⁴, rien n'oblige le législateur à adopter la loi organique ; ce qui réduit d'autant la portée et l'intérêt du dispositif. Le Constituant a par ailleurs procédé à certains aménagements de la procédure législative, de portée plus ou moins importante, quand elle traite des collectivités territoriales. Ainsi, « les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales »⁹⁵ sont soumis en premier lieu au Sénat. Cet aménagement, s'il répond à une croyance déduite de l'article 24 de la Constitution selon laquelle le Sénat représente les collectivités territoriales⁹⁶, ne devrait pas avoir de véritables conséquences, puisque les procédures de rationalisation prévues au Titre V de la Constitution continuent de s'appliquer, permettant, si besoin est, de donner le dernier mot à l'Assemblée nationale. Il y a donc là une

⁸⁸ Loi organique n° 2003-704 du 1^{er} août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, *JORF*, n° 177, 2 août 2003, p. 13217.

⁸⁹ Loi organique n° 2003-705 du 1^{er} août 2003 relative au référendum local, *JORF*, n° 177, 2 août 2003, p. 13218.

⁹⁰ On peut relever que la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer (*JORF*, n° 45, 22 février 2007, p. 3121) comporte une série d'articles relatifs à ce droit pour les quatre collectivités d'outre-mer qu'elle dote d'un statut particulier (Mayotte, Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon). Pour les autres collectivités en revanche, la loi n'a toujours pas été édictée.

⁹¹ Loi organique n° 2004-758 du 29 juillet 2004 prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, *JORF*, n° 175, 30 juillet 2004, p. 13561.

⁹² CC, déc. n° 2004-500 DC, 29 juillet 2004 (*Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*), *Rec.* p. 116.

⁹³ CC, déc. n° 2003-489 DC, 29 décembre 2003 (*Loi de finances pour 2004*), *Rec.* p. 487. Considérant n° 21.

⁹⁴ Sur le modèle, par exemple, du mécanisme prévu à l'article 283 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976.

⁹⁵ Article 39, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁹⁶ Pour une falsification juridique de cette conviction, voir ROBBE (François), *La représentation des collectivités territoriales par le Sénat. Étude sur l'article 24 alinéa 3 de la Constitution française du 4 octobre 1958*, Paris, L.G.D.J., Coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. CI, 2001, 590 p.

préséance symbolique davantage qu'un facteur favorable à l'autonomie des collectivités territoriales.

En revanche, l'insertion de deux procédures permettant de consulter la population en cas de création d'une collectivité territoriale ou de changement de son statut constitue un réagencement du système juridique beaucoup plus important. Ainsi, « lorsqu'il est envisagé de créer une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier ou de modifier son organisation, il peut être décidé par la loi de consulter les électeurs inscrits dans les collectivités intéressées » (article 72-1 de la Constitution). Cette disposition de droit commun s'applique à l'ensemble des collectivités territoriales (métropolitaines et d'outre-mer), même si elle s'efface devant les dispositions particulières à l'outre-mer. La consultation locale n'est de plus, dans l'article 72-1 de la Constitution, qu'une possibilité laissée à la libre appréciation du législateur. Le texte constitutionnel ne prévoit pas de seuil particulier d'approbation ou de rejet, ni les conséquences du vote populaire, même si l'on peut déduire de l'utilisation du verbe « consulter » que l'expression populaire n'a pas de valeur décisionnelle. Néanmoins, la première mise en œuvre de cette disposition invite à revoir ce point, puisque le rejet du projet soumis à la population Corse⁹⁷ a conduit à son abandon immédiat⁹⁸. La réponse de la population constitue ainsi un véritable frein à la volonté du législateur, et ce même s'il ne s'agit que d'une consultation. On retrouve une logique relativement similaire dans le cadre de la procédure de l'article 72-4 de la Constitution.

Le volet de la révision constitutionnelle de mars 2003 portant sur l'outre-mer a entendu concilier le développement des principes démocratiques (velléité sous-jacente dans plusieurs dispositions de la réforme) avec la reconnaissance des particularismes liés à l'insularité et/ou l'éloignement. Cela se traduit par la création d'une procédure obligatoire de consultation des populations d'outre-mer, énumérées à l'article 72-3 de la Constitution (par collectivité, ou sur une partie de la collectivité), pour tout changement de régime institutionnel⁹⁹. La procédure de mise en œuvre de la consultation est assez simple. Elle est organisée par le président de la République sur proposition du gouvernement ou sur une demande conjointe des deux Chambres et doit porter « sur une question relative à son [celui de la collectivité concernée] organisation, à ses compétences ou à son régime législatif »¹⁰⁰. Si la votation est organisée à l'initiative du gouvernement et vise à un changement de statut, le gouvernement doit en informer chaque Chambre ; la déclaration gouvernementale est alors suivie d'un débat. Procédure largement aux mains de l'exécutif, elle est pensée pour être souple et rapide. Une fois la consultation faite, le refus de la population bloque la procédure tandis que le législateur organique est seul compétent, en cas de réponse favorable, pour mettre en œuvre les modifications envisagées¹⁰¹. Une population d'outre-mer peut ainsi

⁹⁷ À l'issue du scrutin, le « non » recueille 51 % des suffrages exprimés, contre 49 % pour le « oui ». L'abstention s'élève quant à elle à 39,48 %.

⁹⁸ À titre d'exemple, voir CEAUX (Pascal), « Un changement de stratégie issu de l'échec du "oui" au référendum », *Le Monde*, 30 octobre 2003, p. 8.

⁹⁹ L'article 72-4 de la Constitution dispose ainsi qu'« aucun changement, pour tout ou partie de l'une des collectivités mentionnées au deuxième alinéa de l'article 72-3, de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74, ne peut intervenir sans que le consentement des électeurs de la collectivité ou de la partie de collectivité intéressée ait été préalablement recueilli dans les conditions prévues à l'alinéa suivant. Ce changement de régime est décidé par une loi organique ».

¹⁰⁰ Article 72-4, alinéa 2 de la Constitution.

¹⁰¹ CC, déc. n° 2007-547 DC, 15 février 2007 (*Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*). Considérants n° 27 à 29.

s'opposer à la volonté du législateur national¹⁰², et l'empêcher de mener à son terme la procédure initiée¹⁰³. Nonobstant les questions de la partition de la souveraineté et de la cohérence rédactionnelle de la Constitution¹⁰⁴, il importe ici de relever que la Constitution prévoit une véritable contrainte juridique à l'intervention du législateur, qui ne peut plus déterminer unilatéralement les statuts des collectivités territoriales à statut particulier ou d'outre-mer. Cette procédure va ensuite plus loin que celle de l'article 72-1 de la Constitution car le caractère lié de la compétence du législateur ne résulte pas de circonstances politiques, mais de l'agencement du système normatif.

Force est ainsi de constater que les populations locales disposent désormais, conformément d'ailleurs au second critère adopté par la doctrine CAPITANT¹⁰⁵, d'un droit de *veto* sur les initiatives étatiques¹⁰⁶. Cette capacité est reconnue aux populations dont la géographie et l'histoire ont accentué les particularismes culturels¹⁰⁷ sans que cela remette en cause l'unicité et l'indivisibilité du peuple français. Son unité est néanmoins quelque peu aménagée par l'admission de populations homogènes au niveau infranational. Ces consultations (celles de l'article 72-4, mais également celles organisées sur le fondement de l'article 72-1 de la Constitution) mettent ainsi en œuvre le dialogue de la nation avec ses composantes, celle-là le cédant désormais à celles-ci ; ce qui introduit donc des éléments exogènes dans le cadre de la procédure législative classique. L'action de l'État dépend dès lors d'éléments qu'il ne contrôle pas (la volonté de la population consultée), mais doit prendre en compte. De ce point de vue, le réagencement opéré par la révision constitutionnelle, favorable au pluralisme territorial, rejoint le dessein initial du Constituant, puisque l'inscription constitutionnelle de la décentralisation impose de nouvelles limites, un nouveau cadre, plus contraignant, à l'intervention du législateur national.

Malgré les articles 72-1 et 72-3 de la Constitution, force est néanmoins de constater que les aménagements de la procédure législative liés à la décentralisation ne bouleversent pas les conditions de travail du législateur ; celui-ci conserve une latitude réelle et substantielle d'action. Le réagencement de la Constitution ne conduit donc pas à une modification significative de la dimension verticale de la centralisation. L'analyse du champ de la décentralisation, si elle confirme ce constat, permet également de comprendre pourquoi il en est ainsi.

¹⁰² VERPEAUX (Michel), « Le référendum local outre-mer », in GAUDEMET (Yves), GOHIN (Olivier) (Sous la direction), *La République décentralisée*, Paris, L.G.D.J. – Éditions Panthéon – Assas, « Colloques », 2004, p. 108.

¹⁰³ Cette restriction ne se limite d'ailleurs pas au cas de refus par la population ; « le Parlement, en cas de réponse positive, ne serait évidemment pas tenu juridiquement d'entériner le changement de statut... mais pourrait-il, politiquement, le refuser ? », ROUX (André), « L'évolution du régime statutaire des collectivités territoriales d'outre-mer », in GAUDEMET (Yves), GOHIN (Olivier) (Sous la direction), *La République décentralisée*, *op. cit.*, p. 118.

¹⁰⁴ Sur ce thème, voir les remarques très justes d'Anne-Marie LE POURHIET in « Référendums aux Antilles "Nou pa ka acheté chat an sak" », *RDP*, 2004, p. 667.

¹⁰⁵ Pour une présentation de la doctrine CAPITANT, voir CAPITANT (René), *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 2118) organisant une consultation de la population de la Côte française des Somalis*, Documents de l'Assemblée nationale, annexe n° 2199 à la séance du 30 novembre 1966, p. 1005.

¹⁰⁶ Certains sénateurs avaient relevé ce point lors des débats relatifs à la révision constitutionnelle, que ce soit pour s'en féliciter (Jean-Paul VIRAPOULLE, sénateur UMP de la Réunion) ou pour le dénoncer (Michel CHARASSE, sénateur PS du Puy-de-Dôme). Voir la Séance du 6 novembre 2002, *JORF Sénat débats*, jeudi 7 novembre 2002, n° 53, pp. 3492 et 3495.

¹⁰⁷ LE POURHIET (Anne-Marie), « Référendums aux Antilles... », *op. cit.*, p. 665.

B. Le champ de la décentralisation : le maintien du monopole étatique dans sa conception

En mentionnant la décentralisation dans la Constitution, le pouvoir Constituant a entendu promouvoir un nouveau cadre, plus propice au pluralisme de l'action publique. Il a ainsi énoncé que l'organisation de la République est décentralisée à l'article 1^{er} de la Loi fondamentale, avant d'en déduire une série d'éléments (les modifications du Titre XII principalement) destinés à donner corps à cette construction. L'ensemble de ces principes participe alors d'une définition formelle de la décentralisation. Cette manière de faire ne permet guère d'appréhender le champ de la décentralisation ; la liberté du législateur reste, pour ainsi dire, inentamée (1.). D'un autre côté, les mécanismes de régulation de la division verticale du pouvoir demeurent inchangés, alors que la République est devenue décentralisée. Il y a là un décalage, favorable à la compétence de l'État, qui explique en partie pourquoi les contraintes imaginées par le législateur constituant ne peuvent pas jouer véritablement (2.).

1. La définition formelle de la décentralisation laisse entière la liberté du législateur

L'article 1^{er} de la Constitution l'énonce dorénavant clairement : l'organisation de la République est décentralisée. Cela implique donc désormais d'organiser dans la Constitution les conditions du pluralisme de l'action publique. La révision constitutionnelle devait ainsi permettre d'affirmer clairement les mécanismes de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales, mais également entre les collectivités territoriales. Conformément au choix de maintenir la République dans le cadre de l'État unitaire, les mécanismes matériels de répartition des compétences continuent d'être réservés aux collectivités jouissant de la plus grande autonomie (Nouvelle-Calédonie¹⁰⁸ avant la révision ; Polynésie française¹⁰⁹ juste après et tout récemment Mayotte, Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon¹¹⁰). Le choix du Constituant s'est donc orienté vers des dispositifs de type formel qui ne modifient guère l'économie antérieure du système juridique. Tout d'abord, une version adaptée du principe de subsidiarité figure désormais dans la Constitution (article 72, alinéa 2). Quintessence de la philosophie de la République décentralisée, la portée normative de cette disposition apparaît extrêmement incertaine. L'interprétation qu'en donne le Conseil constitutionnel confirme d'ailleurs ce point ; « il résulte [en effet] de la généralité des termes retenus par le constituant que le choix du législateur d'attribuer une compétence à l'État plutôt qu'à une collectivité territoriale ne pourrait être remis en cause, sur le fondement de cette disposition, *que s'il était manifeste qu'en égard à ses caractéristiques et aux intérêts concernés*, cette compétence pouvait être mieux exercée par une collectivité territoriale »¹¹¹. Autant dire que, sauf erreur manifeste d'appréciation du législateur, cette disposition ne trouvera jamais à s'opposer à l'État. Elle apparaît ainsi comme une « directive pratico-morale »¹¹² dont le législateur maîtrise largement la portée, bien plus que comme un énoncé

¹⁰⁸ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF*, n° 68, 21 mars 1999, p. 4197

¹⁰⁹ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, *JORF*, n° 52, 2 mars 2004, p. 4183

¹¹⁰ Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, préc.

¹¹¹ CC, déc. n° 2005-516 DC, 7 juillet 2005 (*Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*), *Rec.* p. 102. Considérant n° 12. Nous soulignons.

¹¹² MILLARD (Éric), *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 104.

prescriptif. La jurisprudence constitutionnelle adopte en effet une interprétation *a minima* de cette disposition, conférant ainsi au législateur un quasi monopole de son interprétation authentique. Cette situation tend à la rapprocher de l'article 1^{er} de la Constitution et on peut la considérer comme ayant essentiellement une fonction performative : en l'énonçant, le Constituant donne une nouvelle définition de la décentralisation censée correspondre à la réalité, indépendamment de son applicabilité. Sur ce point, la liberté du législateur demeure intacte, le droit constitutionnel local confirmant son entrée dans la virtualité¹¹³. Les mécanismes de répartition des compétences entre les collectivités territoriales figurant dans la Constitution s'inscrivent dans une logique identique. Ainsi, après avoir réaffirmé l'interdiction de la tutelle d'une collectivité sur une autre, le Constituant consacre le dispositif de la collectivité chef de file¹¹⁴, que la loi peut autoriser « lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales ». La généralité de ces énoncés incite, à nouveau, à y voir de simples « directives pratico-morales » devant guider l'action du législateur, bien davantage que des énoncés prescriptifs. La définition retenue des principes devant guider la décentralisation s'avère finalement homogène, le Constituant ayant recouru à des énoncés peu contraignants dont la portée prescriptive apparaît *a priori* inexistante.

Si l'on peut expliquer ces limites par la double volonté du Constituant de maintenir le caractère unitaire de l'État et de ne pas bousculer la répartition classique des compétences entre Constituant et législateur, le dessein du Constituant n'aurait pu être véritablement atteint qu'en recourant à des mécanismes matériels de répartition des compétences. Ceux-ci auraient en effet été plus efficaces, en ce qu'ils auraient déterminé précisément, et avec un fondement textuel, les domaines d'intervention des différents acteurs publics¹¹⁵. Si le double refus mentionné justifie que ces dispositifs ne figurent pas dans la Constitution, il semble néanmoins qu'ils auraient pu faire l'objet d'une série de lois organiques sur le modèle des collectivités ultramarines. Nonobstant les critiques qui ont pu en être faites, ce procédé permettrait ainsi de concilier l'ensemble des exigences que doit prendre en compte le législateur. La définition organique des compétences serait en effet opposable au législateur quand il interviendrait dans le domaine des collectivités territoriales. Elle préciserait les marges de manœuvre de chaque catégorie de collectivités territoriales, respectant le principe de l'identité catégorielle déduit de l'article 72, alinéa 1^{er} par le Conseil constitutionnel, tant entre elles que face à l'État. Enfin, elle respecterait la volonté de maintenir la République dans le cadre d'une organisation décentralisée, et non régionalisée. L'ensemble de ces points participerait ainsi de la concrétisation du dessein du Constituant de promouvoir la décentralisation et de protéger le champ d'intervention des collectivités territoriales. Néanmoins, cette voie n'a pas du tout été envisagée par le pouvoir Constituant, qu'il soit originaire ou dérivé. Il est vrai que tant la configuration du système institutionnel que l'héritage de la IV^e République n'incitent guère à y recourir en la matière. Le recours à des mécanismes matériels implique de plus, pour être véritablement efficace, un modèle juridictionnel de régulation approprié et différent de celui que connaît actuellement la République française. Il faut alors envisager ce dernier point, qui jettera une lumière encore

¹¹³ Pour une critique de ce phénomène, voir FAURE (Bertrand), « Réforme constitutionnelle et décentralisation : des slogans font loi », *RDP*, 2003, pp. 119-122.

¹¹⁴ Ce dispositif est censé permettre à une collectivité territoriale de coordonner et diriger l'action de plusieurs d'entre elles, afin de favoriser les synergies et l'efficacité de l'action publique. L'intervention préalable du Parlement est obligatoire ; c'est en effet lui qui fixe les conditions (matière, durée...) de la collaboration entre les différentes entités territoriales.

¹¹⁵ Sur l'idée qu'une défense de l'autonomie locale passe par la définition matérielle des collectivités territoriales, voir JOYAU (Marc), *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, Paris, L.G.D.J., Coll. « Bibliothèque de droit public », 1998, 362 p.

un peu plus crue sur les raisons de la faible portée contraignante des dispositions figurant au Titre XII de la Constitution.

2. La régulation juridictionnelle de la décentralisation illustre l'incomplétude de la méthode utilisée par le Pouvoir constituant

Classiquement, la régulation juridictionnelle de la décentralisation dépend en France, comme dans tous les États pratiquant la décentralisation administrative, du juge administratif. En ce sens, la répartition des compétences est claire. Le juge constitutionnel connaît du travail du législateur et peut être saisi par les différentes autorités qui interviennent durant la procédure législative (article 61 de la Constitution) tandis que le juge administratif, protecteur de la loi et censeur des décrets, est compétent pour statuer sur les actes du pouvoir réglementaire, étatique et local. L'équilibre de la répartition des compétences juridictionnelles repose alors sur le fait que la décentralisation est un système secondaire de l'action publique¹¹⁶. L'économie de ce mécanisme ne paraît d'ailleurs pas incompatible avec la conception de la libre administration des collectivités territoriales constitutionnalisée, puisque celle-ci est essentiellement une liberté d'élire les organes locaux, participant donc du pluralisme démocratique, non de celui de l'action publique. La libre administration se distingue en effet de la décentralisation ; ces deux notions ne s'inscrivent pas dans le même registre. Tant la jurisprudence constitutionnelle que la jurisprudence administrative rendent d'ailleurs compte de cet équilibre. Les deux productions jurisprudentielles accordent en effet beaucoup plus de valeur à la dimension élective et organique du fonctionnement des collectivités territoriales qu'à leur capacité de faire. La conception mécaniste des rapports entre l'État et son territoire est ainsi relayée dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative qui conçoivent bien les collectivités territoriales comme des éléments du champ démocratique. Le juge administratif fournit un excellent exemple de cela. Alors que le législateur le promeut organe de contrôle des actes locaux, il n'a de cesse tout au long des années quatre-vingts et au début des années quatre-vingt-dix d'élargir, et partant de renforcer, les pouvoirs du préfet, maintenant ce faisant les fondements de la « régulation croisée »¹¹⁷ préexistante, alors que le législateur entend lui substituer une régulation juridictionnelle¹¹⁸. La définition normative des rapports entre l'État et ses composantes est ainsi freinée, si ce n'est annihilée, par le maintien d'une conception mécaniste des relations qui se nouent entre le préfet et les collectivités territoriales de son département, la faiblesse des déférés préfectoraux trouvant un aboutissement devant le juge illustrant bien ce constat.

La révision de la Constitution modifie cet état de fait. La décentralisation, en intégrant la Constitution, devient un des éléments composant l'État et quitte le système secondaire. La décentralisation vient ainsi compléter la libre administration des collectivités territoriales dans le corps de la Constitution tandis que la conception normative de la division verticale du pouvoir renforce l'agencement mécaniste initial. Or, si, selon la conception mécaniste, la Constitution prend sens en elle-même, c'est-à-dire du simple fait de son agencement

¹¹⁶ AUBRY (François-Xavier), *La décentralisation contre l'État (l'État semi-décentralisé)*, Paris, L.G.D.J., Coll. « Décentralisation et développement local », 1992, pp. 146 et suivantes.

¹¹⁷ Sur cette notion, voir WORMS (Jean-Pierre), « Le préfet et ses notables », *Sociologie du travail*, 1966, pp. 249-275

¹¹⁸ HELIN (Jean-Claude), « La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit », *RFDA*, 1987, pp. 765-777 et du même auteur, « Le contrôle de légalité des actes locaux en France. Entre mise en cause et remise en ordre », *AJDA*, 1999, pp. 767-775.

organique, l'application correcte et effective d'une Constitution conçue principalement comme agencement normatif implique, ainsi qu'il ressort de la définition proposée par Michel Troper, l'existence d'un contrôle juridictionnel assuré par une juridiction constitutionnelle. Or, si celle-ci existe dans le cadre de l'État français, les limites qui pèsent sur sa compétence semblent expliquer en partie pourquoi la portée de la révision de la Constitution reste d'une ampleur aussi ténue. La généralité de la formulation des dispositions relatives à la décentralisation en fait ainsi des directives pratico-morales, dont la faible portée prescriptive obère tout contrôle véritable quant à leur interprétation. Cette faiblesse propre à la qualité rédactionnelle des énoncés constitutionnels est de plus renforcée par l'impossibilité pour les collectivités territoriales de saisir le juge constitutionnel, quand elles estiment que l'énoncé constitutionnel est mal interprété par le législateur. Ce refus de permettre l'accès des collectivités territoriales à un interprète authentique de la Constitution confirme le déséquilibre de régulation de la division verticale du pouvoir, en ce sens que, bien que celle-ci soit désormais conçue selon une acception normative, sa régulation reste partielle, c'est-à-dire exclusivement étatique, les organes territoriaux ne pouvant défendre leurs prérogatives contre le législateur. Par ailleurs, le recours au juge administratif, ouvert aux entités territoriales, est d'un intérêt restreint dans ce cas, puisque sa censure ne pourra venir frapper que le pouvoir réglementaire. Or, celui-ci exécute la loi, élaborée par un législateur, en situation de quasi-monopole quant à l'interprétation authentique de la Constitution dans la mise en œuvre des conditions du pluralisme de l'action publique.

Face à cette incomplétude des mécanismes de mise en œuvre de la norme constitutionnelle, les dispositions intégrées dans le Titre XII de la Constitution ne peuvent guère produire d'effets contraignants, laissant le législateur seul maître du pluralisme de l'action publique. Sur ce point, il est d'ailleurs intéressant de remarquer que les deux conceptions de la Constitution adoptées pour penser l'articulation entre les collectivités territoriales et l'État se révèlent toutes les deux limitées. Le pluralisme démocratique promu par la Constitution de 1946 finit en effet par se réduire à une liberté institutionnelle, dont le sens dépend d'une faculté d'action que la Constitution ne prend pas en considération, tandis que la promotion du pluralisme de l'action publique (censée répondre au premier grief) s'avère pareillement de faible portée, faute pour le pouvoir constituant dérivé d'avoir poussé à son terme la méthode qu'il a employée. En ce sens, l'inscription constitutionnelle de la décentralisation ne semble donc pas avoir résolu l'ensemble des contraintes auxquelles elle devait trouver réponse. Et ce n'est pas le moindre des paradoxes que ce soit de cette incapacité que résulte la faible portée contraignante pour l'État d'une révision de la Constitution, qui aurait pu donner tout son sens à l'agencement « contrepoids et équilibre » imaginé en 1946.

* * *

Menée à son terme, cette analyse de l'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales a ainsi permis de mettre en avant le paradoxe de la constitutionnalisation de la division verticale de l'État. Si l'inscription constitutionnelle des collectivités territoriales s'impose comme une nécessité dans l'idée de limiter la puissance d'État ainsi que le pensait le Constituant de 1945-1946, les modalités qu'elle revêt sont des plus essentielles. Ainsi, plus que la mention dans la Constitution, ce sont bien les modalités de l'inscription constitutionnelle (c'est-à-dire la cohérence du mode d'efficacité choisi) qui importent pour parvenir à atteindre le dessein du Constituant. En cela, son œuvre, tant originaire que révisée, est à parfaire, faute de quoi, on pourrait, bien souvent, presque parler d'une constitutionnalisation pour rien.